

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA REFORMA DEL DELITO DE MALVERSACIÓN EFECTUADA POR LA LEY ORGÁNICA 14/2022, DE 22 DE DICIEMBRE

Diego García Paz (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

La Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso, ha introducido relevantes innovaciones legislativas en el ámbito del Derecho Penal, siendo una de ellas, objeto de la presente reseña, la modificación del delito de malversación de caudales públicos.

Hasta la entrada en vigor de la referida Ley Orgánica, el Código Penal español (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) contaba con la siguiente redacción en su artículo 432, que le fue dada en virtud de Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo:

“1. La autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena a la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 253 sobre el patrimonio público.

3. Se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años si en los hechos a que se refieren los dos números anteriores hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:

a) se hubiera causado un grave daño o entorpecimiento al servicio público, o

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Departamento de Derecho Civil y Penal en la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.

b) el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 50.000 euros.

Si el valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado”.

La redacción del precepto, en los términos referidos, actuaba como una norma jurídica de remisión a otros tipos delictivos, concretamente a los tipos de injusto de los delitos de apropiación indebida y de administración desleal, despojando, en cierta forma, al tipo objetivo del delito de malversación de sustantividad y dando lugar, en consecuencia, a una modalidad delictiva en la que el matiz diferenciador con los dos últimos delitos referidos se encontraba en el ámbito de la autoría, como delito especial propio, de modo que, así como aquellos delitos se cometían en el sector privado, la malversación sería propia y exclusiva del sector público, atendiendo únicamente a que el sujeto activo de la acción antijurídica habría de ser una autoridad o funcionario público.

La redacción del artículo, en esos términos, privó al delito de malversación de una necesaria claridad, especialidad y concreción, toda vez que los delitos contra las Administraciones Públicas son la respuesta imprescindible para la salvaguarda de bienes jurídicos protegidos singulares y también específicos, distintos de los del sector privado, y si bien es cierto que las conductas antijurídicas pueden tener analogías entre sí, no pueden considerarse idénticas, por la propia naturaleza jurídica de las víctimas del delito, al contar la Administración Pública con una especial cualificación en sus bienes, vinculados al erario púnico y por ello al interés general, extremos que hacen imprescindible una singularidad en la definición de la conducta que integra el tipo objetivo y una especialidad en el marco penológico.

Aquella redacción del precepto vino a sustituir a la conferida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, cuyo tenor literal era el siguiente:

*“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, sustrajere **o consintiere que un tercero**, con igual ánimo, sustraiga los caudales o efectos públicos **que tenga a***

*su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de **prisión de tres a seis años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a diez años.***

*2. Se impondrá la pena de **prisión de cuatro a ocho años y la de inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años** si la malversación revistiera especial gravedad atendiendo al valor de las cantidades sustraídas y al daño o entorpecimiento producido al servicio público. Las mismas penas se aplicarán si las cosas malversadas hubieran sido declaradas de valor histórico o artístico, o si se tratara de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.*

3. Cuando la sustracción no alcance la cantidad de 4.000 euros, se impondrán las penas de multa superior a dos y hasta cuatro meses, prisión de seis meses a tres años y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de hasta tres años”.

Por su parte, el artículo 433 del Código Penal disponía lo siguiente:

*“La autoridad o funcionario público que **destinare a usos ajenos** a la función pública los caudales o efectos puestos a su cargo por razón de sus funciones, incurrirá en la pena de **multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a tres años.***

Si el culpable no reintegrara el importe de lo distraído dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior”.

Pues bien, los preceptos anteriores contemplaban, por su orden sistemático, la malversación “*apropiativa*” (artículo 432 CP), integrando diversos subtipos cualificados; y la malversación “*de uso*” (artículo 433 CP), tipificando cada conducta con detalle y especificidad, con unos precisos tipos objetivos y subjetivos, y una penalidad bien definida y ajustada a la gravedad de la conducta.

El contraste entre ambas redacciones advierte que, a diferencia del tenor literal del artículo 432 CP conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que hizo del tipo de la malversación un concepto definible “*por remisión*” a otras figuras delictivas (apropiación indebida y administración desleal), con la redacción previa del artículo, dispuesta por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, estas circunstancias no

concurrían, bastando con acudir el tipo penal específico para conocer la acción, el elemento subjetivo, la penalidad y los subtipos agravados; en definitiva, en el mismo precepto se contemplaba íntegramente la perspectiva jurídico-penal de las conductas. Sin duda, desde un punto de vista sistemático esta redacción era mucho más clara y suponía un mayor grado de ajuste a la naturaleza de los hechos y a su dimensión. Por otro lado, desde el plano punitivo, era cierto que con la redacción del artículo 432 CP conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, la llamada malversación “*de uso*”, que antes de esta reforma se contemplaba en el artículo 433 CP con penas de multa y de suspensión de empleo y cargo público, se asimiló a un supuesto de administración desleal, incluyendo por lo tanto penas de prisión, aparte de otras.

Pues bien, con estos antecedentes, la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, sustituye la redacción del artículo 432 CP por la siguiente, que entra en vigor el día 12 de enero de 2023:

*“1. La autoridad o funcionario público que, con ánimo de lucro, se apropiare o consintiere que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de las mismas, será castigado con una pena de **prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.***

*2. Se impondrán las **penas de prisión de cuatro a ocho años e inhabilitación absoluta por tiempo de diez a veinte años** si en los hechos que se refieren en el apartado anterior hubiere concurrido alguna de las circunstancias siguientes:*

a) se hubiera causado un daño o entorpecimiento graves al servicio público,

b) el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 50.000 euros,

c) las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratase de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública.

Si el valor del perjuicio causado o del patrimonio público apropiado excediere de 250.000 euros, se impondrá la pena de prisión en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

3. Los hechos a que se refiere el presente artículo serán castigados con una pena de prisión de uno a dos años y multa de tres meses y un día a doce meses, y en todo caso inhabilitación especial para cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, cuando el perjuicio causado o el valor del patrimonio público sea inferior a 4.000 euros”.

En primer lugar, de la exégesis de esta nueva redacción con las anteriores, se aprecia el retorno del legislador a la literalidad del **tipo de malversación “apropiativa”** sin remisiones a otras figuras delictivas, volviendo a la práctica literalidad del precepto conforme fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. En este punto, la nueva modificación del precepto es muy positiva, por su claridad y su carácter comprensivo de todos los elementos del tipo en la misma norma.

Además, del análisis de los términos normativos del precepto en ambas redacciones, muy similares -dispuestos en negrita- puede comprobarse que la redacción introducida por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, amplía el marco de la autoría del delito de malversación “apropiativa”, en el sentido de que, dentro de la propia definición de la acción dispuesta en el mismo artículo (y no de forma externa, en otro precepto, o sujetándolo a la posible interpretación judicial), no la ciñe a la autoridad o funcionario que disponga del erario público que tenga oficialmente a su cargo, sino que también la extiende a cuando de una forma ocasional pueda tomar decisiones sobre el mismo, extremo que hace factible el ajuste del tipo a muchos supuestos de hecho en los que, aparte de los casos en los que el sujeto activo, por sus funciones, decida sobre la aplicación del erario público, la autoridad o funcionario, de hecho y no de derecho, de una forma ocasional, pueda en ciertos momentos tomar ese tipo de decisiones, lo que permite además una más fácil correlación con otras figuras delictivas, a efectos de concurso de delitos, como el de prevaricación o el tipo de fraude.

De especialísima relevancia es el mantenimiento en el tipo objetivo que introduce la redacción conforme a la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, de las palabras “o

consintiere que un tercero". Ésta es la clave para mantener el alcance real y punición efectiva del delito de malversación "*apropiativa*" y que la nueva redacción retoma de la conferida por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Siendo así el tipo objetivo del delito, la protección del erario público resulta completa: incurren en el delito de malversación no solo la autoridad o funcionario público que se apropia del erario público, sino también aquellos que, ante la apertura de la puerta de acceso a tal erario, no siendo autoridad ni empleados públicos, injustamente se apoderan de los efectos públicos: empresarios, familiares, amigos, etc. La condición de *extranei* será concurrente en ellos, como lo era en la primigenia redacción, pero en todo caso su responsabilidad penal se contempla y mantiene. Se trata de supuestos de hecho que suponen la realidad práctica mayoritaria. De esta forma, no se produce una despenalización de su conducta y la cobertura y protección al erario público es plena. Desde la perspectiva de la penalidad, se recoge una horquilla de dos a seis años de prisión, como en la redacción inmediatamente sustituida por la nueva norma, y el subtipo cualificado de hasta ocho años de prisión, pudiendo llegar hasta los doce años. Por lo tanto, en este extremo, puede considerarse jurídicamente adecuada la nueva redacción del artículo 432 CP, también en la penalidad, que se mantiene idéntica.

Por lo que refiere a la malversación "*de uso*", o no apropiativa, como anteriormente se ha referido, el artículo 433 CP en su redacción primigenia contemplaba penas de multa y de suspensión de empleo; y el artículo 432 CP según la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por asimilación con la administración desleal, penaba esta conducta con una horquilla de entre dos y seis años de prisión, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años.

La reforma operada por la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, en cuanto a esta figura delictiva específica de la malversación "*de uso*", de nuevo, recupera el sentido del tipo penal previsto en el artículo 433 CP en su redacción originaria, y dispone en el nuevo artículo 432 bis CP:

"La autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destinar a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con

*ocasión de las mismas, incurrirá en la pena de **prisión de seis meses a tres años**, y **suspensión de empleo o cargo público de uno a cuatro años**.*

Si el culpable no reintegrara los mismos elementos del patrimonio público distraídos dentro de los diez días siguientes al de la incoación del proceso, se le impondrán las penas del artículo anterior”.

El primer comentario que debe realizarse en cuanto a la literalidad de este artículo es, como se ha adelantado, la recuperación de la claridad expositiva, sin recurrir a remisiones, del artículo 433 CP originario. Ya no se trata de un supuesto de delito de administración desleal cometido por autoridad o empleado público, sino de un delito autónomo y con sustantividad propia, bien definido.

El legislador ha querido diferenciar dos tipos de malversación “*de uso*”, sin despenalizar ninguna de las dos, siendo ésta la principal separación de la norma original.

En el nuevo artículo 432 bis se tipifica la **malversación “de uso” del caudal público para fines privados**. La penalidad, en contraste con el tipo original, pasa de multa a pena de prisión (esto es, se agrava), si bien, teniendo en cuenta las penas con las que contaba el artículo 432 CP, como norma de remisión, en la redacción que ha resultado sustituida, aun manteniendo la pena de prisión, se rebaja, pasando de una horquilla de dos a seis años de prisión, a otra de entre seis meses a tres años de prisión. Claramente, el legislador ha querido trazar una diferenciación entre los dos tipos de malversación, “*apropiativa*” y “*de uso*”, considerando más grave la primera, pero sin dejar de castigar y sin dejar tampoco de estimar muy lesiva la segunda conducta, de tal modo que en modo alguno queda penada con multa, sino en todo caso con prisión, hasta tres años.

Y así, el nuevo artículo 433 CP contempla la segunda modalidad de malversación “*de uso*”, aquella que se refiere a **la utilización** (no a la apropiación, que tiene su propia naturaleza y penalidad) **del erario público para un fin público para el que no estaba previsto:**

*“La autoridad o funcionario público que, sin estar comprendido en los artículos anteriores, diere al patrimonio público que administrare una aplicación pública diferente de aquélla a la que estuviere destinado, incurrirá en las penas de **prisión de uno a cuatro años** e inhabilitación especial de empleo o cargo público de dos a seis años, si resultare daño o entorpecimiento graves del servicio al que estuviere consignado, y de inhabilitación de empleo o cargo público de uno a tres años y multa de tres a doce meses, si no resultare”.*

Este es un nuevo delito, que cuenta con su propia definición en todos sus elementos, con una penalidad de hasta cuatro años de prisión, y un subtipo atenuado, sin pena de prisión, con penas de multa e inhabilitación en su lugar, si el referido uso público indebido no supusiera un daño grave para el fin al que sí debió de aplicarse.

Finalmente, la reforma legislativa comprende la inclusión de una definición legal del concepto de patrimonio público en el nuevo artículo 433 ter CP y la previsión de la atenuante específica de reparación del daño o colaboración activa en la averiguación del delito de malversación, con la posibilidad de rebajar la pena en uno o dos grados.

Por lo que hace a la posible revisión de sentencias firmes condenatorias por el delito de malversación, debe destacarse en lo referente a aquellos procedimientos en los que la Abogacía General ha sido y es parte como acusación particular, de forma predominante y casi con exclusividad, dichas condenas lo son por el delito de malversación “*apropiativa*” en beneficio de terceros, y de conformidad con la redacción vigente en el momento de los hechos, que era la prevista en el artículo 432 CP conforme a la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, que, como se ha analizado, resulta prácticamente idéntica a la nueva redacción que introduce en el precepto la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre. Tal es así que la penalidad conforme a la primera redacción, en lo que hace a las penas de prisión, se ubica en la horquilla de tres a seis años de prisión, con los subtipos cualificados que implican penas de prisión con el límite máximo de ocho y de doce años de prisión. Estas horquillas, en su límite máximo, según la redacción actual del precepto, son las mismas, cambiando únicamente el límite mínimo de la pena de prisión, que pasa de tres a dos años de prisión. En consecuencia, las penas concretas impuestas, encontrándose dentro del límite máximo de la horquilla de entonces, que es la misma que entrará en vigor el día

12 de enero de 2023, no serán susceptibles de revisión, sin perjuicio de que los condenados lo soliciten; y ello, de conformidad con la disposición transitoria segunda, 1, segundo párrafo, de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre: *“En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código”*.

Finalmente, debe destacarse que la disposición transitoria primera de la Ley 14/2022, de 22 de diciembre, en su apartado primero, establece: *“Los delitos cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor”*. Por lo tanto, esta norma transitoria es compatible con los artículos 2.2 y 7 CP, disponiendo este último que *“a los efectos de determinar la ley penal aplicable en el tiempo, los delitos se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar”*. La retroactividad procede *“en beneficio del reo”*, esto es, del condenado; mas, si dentro de una interpretación *“lato sensu”* o extensiva de la ley penal (que no se comparte, de conformidad con el artículo 4.2 del Código Civil: *“Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”*) pudiera llegar a entenderse que tal retroactividad beneficia también a los meramente acusados, si la redacción del delito de malversación que corresponde aplicarles, conforme a los correspondientes escritos de acusación (como sucede en los procedimientos en los que esta Abogacía General ejerce la acusación particular) es la anterior a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (que es la redacción sustituida por la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre), e incluso si de tal caso se tratara, ninguna modificación en las calificaciones habrá de ser realizada, pues la penalidad concretamente dispuesta no se ve alterada por la nueva horquilla de penas, encontrándose siempre dentro de los límites máximos legales, y sin que sea procedente la hipótesis de la rebaja de la penalidad por la eventual inclusión de la conducta típica de los sujetos condenados en alguno de los nuevos supuestos de malversación de uso, privada o pública, toda vez que el tipo objetivo desarrollado y por el que han resultado condenados o acusados, de naturaleza apropiativa, habitualmente

en beneficio de terceros, impide la subsunción de los hechos en otro tipo objetivo de un delito diferente en el que su acción no tiene encaje legal, al no tratarse la apropiación de un mero uso.

En cuanto a la prescripción, la malversación “*apropiativa*”, de conformidad con el artículo 131 CP, mantiene los plazos de 10 y 15 años, en los supuestos referentes al tipo básico y cualificado, respectivamente; y por lo que hace a las dos modalidades de malversación “*de uso*”, privada y pública, la primera tendrá un plazo de prescripción de 5 años; y la segunda prescribirá a los 10 años en su tipo básico, y a los 5 años en su modalidad atenuada.

Diciembre de 2022.